

# JORNADAS ALEL

II Encuentro de titulares  
de asesorías jurídicas locales

Concesiones administrativas:  
La problemática de la gestión  
del abastecimiento del agua potable



**Viernes, 3 de marzo**  
**10:00 - 10:30**



**Isabel Santapau Martí**  
*Titular de la Asesoría Jurídica  
del Ayuntamiento de Gandía*

Organizan:



Impulsa:



JORNADAS **ALEL**

II Encuentro de titulares de asesorías jurídicas locales

# Concesiones administrativas: La problemática de la gestión del abastecimiento del agua potable

Ponente: Isabel Santapau Martí

Organiza:



**Ayuntamiento  
de Las Palmas  
de Gran Canaria**

Impulsa:

**III LA LEY**

## LOS SERVICIOS MÁS PROBLEMÁTICOS ...



# ¿CÓMO SE PUEDEN PRESTAR ESTOS SERVICIOS?

- **CONCESIÓN**

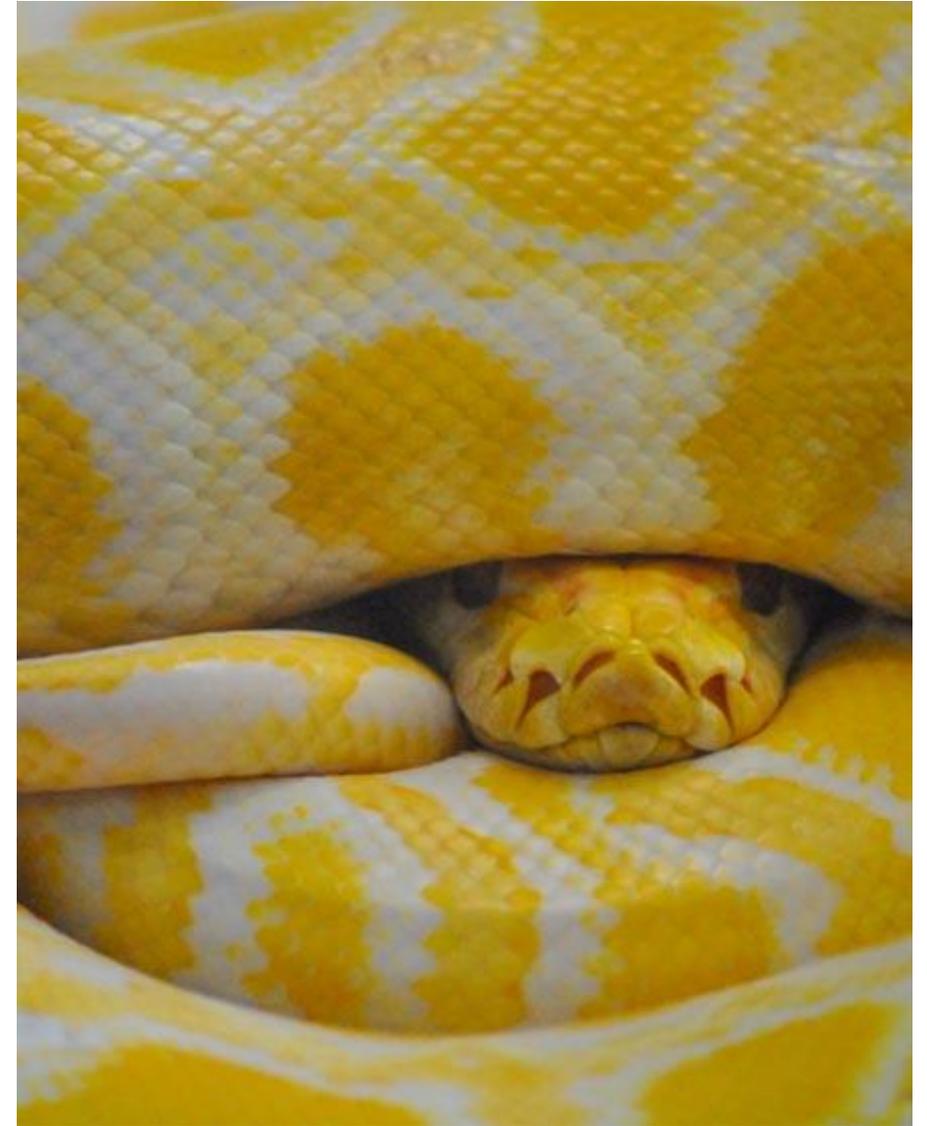
- **SERVICIO**

**(ESPECIALIDADES ART. 312  
LCSP – SERVICIOS DIRECTOS  
A LA CIUDADANÍA)**



# LA DECISIÓN: EL RIESGO OPERACIONAL

- No está garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación.
- Debe existir una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable



# LOS PROBLEMAS...

LAS TARIFAS COMO  
REMUNERACIÓN DEL  
CONTRATISTA. SU REVISIÓN.

LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO

EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO  
Y SU RESTAURACIÓN

LA PREPARACIÓN DEL  
EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN

# NUESTRAS FUNCIONES EN RELACIÓN A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

## CONSULTIVA: preceptivos (DA 3.8)

- INFORME SOBRE EL EXPEDIENTE
- INFORME SOBRE REVISIONES DE PRECIOS
- INFORME SOBRE RECLAMACION DE DESEQUILIBRIO-ECONÓMICO

## JURISDICCIONAL

- RECURSOS POR DESESTIMACIÓN DE RECLAMACIONES ECONÓMICAS: REEQUILIBRIO, INDEMNIZACIONES POR COMPENSACIÓN DE DAÑOS, REVISIÓN DE TARIFAS...



1. LAS TARIFAS COMO  
REMUNERACIÓN DEL  
CONTRATISTA, SU  
REVISIÓN

---

# LA REMUNERACIÓN DEL CONTRATISTA

- PRESTACIONES  
PATRIMONIALES  
PÚBLICAS DE  
CARÁCTER NO  
TRIBUTARIO

- LA NECESARIA  
APROBACIÓN  
DE LA  
ORDENANZA  
NO FISCAL

- LA REVISIÓN  
DE LAS TARIFAS

- LA  
INTERVENCIÓN  
DE LOS PRECIOS  
POR EL  
ÓRGANO  
AUTONÓMICO

# LAS CONTRAPRESTACIONES QUE ABONA EL USUARIO DEL SERVICIO SON:

EL PRECIO DEL CONTRATO Y SERÁN REVISADAS COMO TALES.

SON UNA PRESTACIÓN PATRIMONIAL DE CARÁCTER PÚBLICO NO TRIBUTARIO Y SE REGULAN POR ORDENANZA.

SON UN PRECIO AUTORIZADO.

LAS  
PRESTACIONES  
PATRIMONIALES  
DE CARÁCTER  
PÚBLICO NO  
TRIBUTARIO.  
PROBLEMAS

---

LA DF 12 de la LCSP pone fin a la problemática de la calificación del INGRESO COMO CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA DEL SERVICIO.

---

MUCHOS AYUNTAMIENTOS **AÚN NO HAN ADAPTADO SUS ORDENANZAS** A LO PREVISTO ART. 20.6 TRLHL. De fiscales a no fiscales.

---

LA RECAUDACIÓN POR EL CONTRATISTA NO PODRÁ DEVENGAR RECARGOS, PERO LA QUE LLEVE A CABO LA ADMINISTRACIÓN, SÍ. ATENCIÓN DGT.

---

CADA REVISIÓN DE TARIFA IMPLICARÁ MODIFICACIÓN DE ORDENANZA, A NO SER QUE SE ESTABLEZCA UNA FÓRMULA DE REVISIÓN “GENERAL”.



# EL PROBLEMA DEL CORTE DEL SUMINISTRO DE AGUA POR IMPAGO

---

**STS 3 OCTUBRE 2003 (ROJ 5969/2003)**

El artículo 26.1.a) de la LBRL establece el deber de los municipios de prestar el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable, por lo que comporta una habilitación para hacer lo necesario sobre tal prestación (que no hay que olvidar que es un deber) y, consiguientemente, lo que viene a significar es precisamente una concreta aplicación en esta específica materia del genérico principio de legalidad.

El interés público representado por las necesidades que requieren el agua como un bien imprescindible resulta atendido por el establecimiento y el mantenimiento del servicio que realiza el suministro. Por lo cual, el establecimiento de medidas dirigidas, como se ha dicho, a asegurar el regular funcionamiento de ese servicio **no pueden ser consideradas contrarias a ese interés general.**

# ¿Y SI ES UN TASA? ¿SE PUEDE CORTAR EL SUMINISTRO?

HEMEROTECA DIAGONAL

## Los cortes de agua por impago son ilegales

Una sentencia del Tribunal Supremo de noviembre de 2015 confirma que el servicio de agua es una tasa, no una tarifa, por lo que el corte del servicio es ilegal. Desde la Red Agua Pública denuncian que las empresas adjudicatarias no están aplicando el mandato judicial y reclaman que éstas financien un fondo de acción social.



# LOS PROBLEMAS PARA REVISAR TARIFAS

---

- 1. APLICAR LA FÓRMULA PREVISTA EN LOS PLIEGOS.
- 2. MODIFICAR LA ORDENANZA (SALVO QUE SE HAYA REGULADO UNA CLÁUSULA GENERAL).
- 3. LA AUTORIZACIÓN POR LA COMISIÓN DE PRECIOS.
- 4. LA REVISIÓN DE PRECIOS AUTOMÁTICA EN ALGUNAS COMUNIDADES.



# LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA SOBRE LOS PRECIOS DEL AGUA. EJEMPLO CANARIAS

**Real Decreto 3173/1983, de 9 de noviembre**, de traspaso de funciones y servicios del Estado a la Comunidad Autónoma de Canarias en materia de intervención de precios.

En materia de intervención de precios y al amparo del artículo 32.6 del Estatuto y 149.3 de la Constitución, se transfieren a la comunidad autónoma:

*b) Las competencias atribuidas a los Gobernadores civiles de las provincias de Las Palmas y de Santa Cruz de Tenerife por el artículo 8. bis del Decreto 3477/1974, de 20 de diciembre, según la redacción dada por el Real Decreto 2226/1977, de 27 de agosto, y el Real Decreto 1947/1979, de 3 de agosto, referente a la aprobación de las tarifas de los servicios públicos de competencia local.*

# Del DECRETO 3477/1977....

B. O. del E.—Núm. 313

31 diciembre 1974

26487

Producto o servicio	Nivel de autorización
87. Aguas (abastecimientos de poblaciones por servicios municipalizados y estatales) .....	Tarifas.
88. Aguas (abastecimientos de poblaciones por Empresas privadas) .....	Tarifas.
89. Aguas para regadíos .....	Tarifas.
90. Seguros .....	Tarifas.
91. Prensa diaria .....	P. v. p.
92. Hoteles, salvo los de lujo .....	Tarifas.
93. Enseñanza .....	Tarifas.

## ANEXO 2

Bienes y servicios sujetos al régimen de vigilancia especial

1. Patata.
2. Frutas:

30. Productos zoonosanitarios.
31. Colorantes, pigmentos, agentes de blanqueo óptico y auxiliares respectivos.
32. Tripolifosfato sódico y detergentes.
33. Acido nítrico.
34. Bióxido de titanio.
35. Toluenodisocianato, poliols y espumas de poliuretano.
36. Glicol propilénico y resinas poliéster.
37. Maderas.
38. Hilados y tejidos de:
  - Algodón.
  - Lana.
  - Seda.
  - Fibras artificiales y sintéticas y sus mezclas.
39. Vestido y ropa de casa.
40. Curtidos.
41. Calzado.
42. Papel para cartón ondulado.
43. Papel de impresión y escritura.
44. Plomo.
45. Cobre.

## Sexto.

Transcurridos tres meses desde la fecha de entrada del expediente en el Gobierno Civil sin que haya recaído resolución expresa, se entenderán aprobadas las tarifas propuestas por la Corporación Local, con arreglo a lo previsto en el artículo 18-1 de la Ley 48/1966, de 23 de julio.

¿Qué implica la  
**INTERVENCIÓN**  
de precios?

- SI EL AYUNTAMIENTO NO EMITE INFORME EN PLAZO SE ENTENDERÁ FAVORABLE.
- NO SE PUEDE MODIFICAR LA ORDENANZA SIN AUTORIZACIÓN, SIN EMBARGO LA COMISIÓN PUBLICA PRECIOS EN EL BOLETÍN OFICIAL SIN HABERSE MODIFICADO LA ORDENANZA Y PRESCINDIENDO DE LAS FACULTADES DEL ÓRGANO DE CONTRATACIÓN SOBRE LA REVISIÓN DE PRECIOS DEL CONTRATO.

## ART. 107 TRRL: SILENCIO POSITIVO PARA APROBACIÓN DE LA REVISIÓN DEL PRECIO DEL CONTRATO

### Art. 107.

1. La determinación de las tarifas de los servicios que, con arreglo a la legislación sobre política general de precios, deban ser autorizadas por las Comunidades Autónomas u otra Administración competente, deberá ir precedida del oportuno estudio económico. Transcurridos tres meses desde la fecha de entrada del expediente en la Administración autorizante sin que haya recaído resolución, las tarifas se entenderán aprobadas.

2. Las tarifas deberán ser suficientes para la autofinanciación del servicio de que se trate. No obstante, cuando las circunstancias aconsejaren mantener la cuantía de las tarifas con módulos inferiores a los exigidos por la referida autofinanciación, la Comunidad Autónoma o Administración competente podrá acordarlo así, autorizando simultáneamente las compensaciones económicas pertinentes.

## LA REVISIÓN DE PRECIOS AUTOMÁTICA EN ALGUNAS COMUNIDADES....

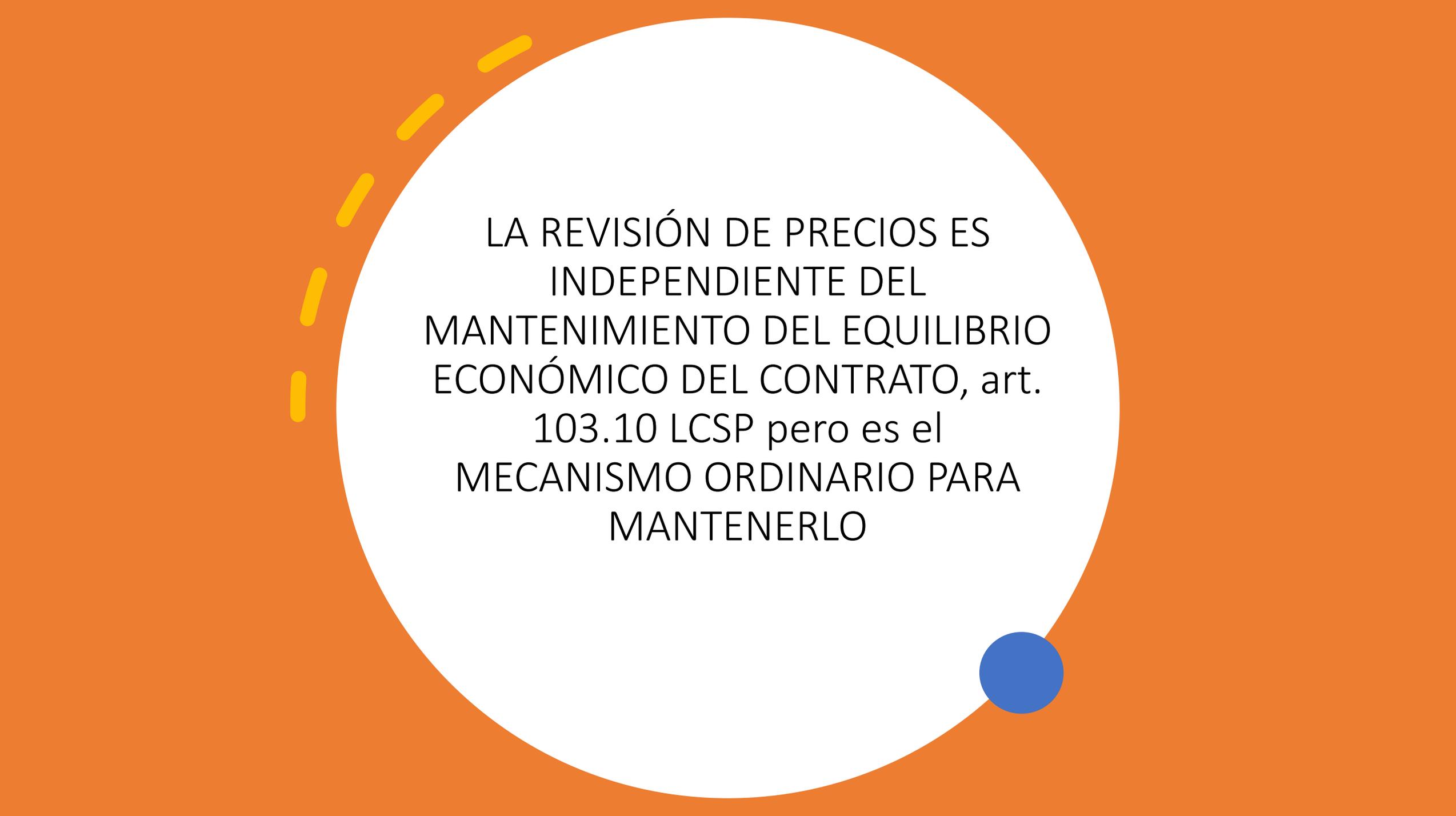
- DECRETO 3/2008, de 11 de enero, del Consell, por el que se establece un sistema simplificado para la actualización de los precios y las tarifas regulados en el Decreto 109/2005, de 10 de junio, del Consell, sobre procedimiento para la implantación o modificación de precios o tarifas sujetos al régimen de autorización y comunicación.

Artículo 3. Solicitud de aprobación de tarifas de servicios no gestionados directamente por la Corporación Local titular

1. La empresa gestora del servicio deberá comunicar a la Comisión de Precios de la Generalitat, por medio del Gabinete Técnico de Precios, y a la correspondiente Corporación Local, los precios o tarifas cuya aprobación solicita para el suministro de agua, así como su cálculo por aplicación del sistema simplificado de actualización. A la documentación remitida al Gabinete Técnico de Precios se acompañará, en todo caso, la información estadística recogida en el anexo II y la justificación de la comunicación a la Corporación Local.

2. La Corporación Local, en el plazo de veinte días contados a partir del siguiente al de la presentación de la solicitud, y solamente en el caso de disconformidad con la modificación tarifaria solicitada, remitirá al Gabinete Técnico de Precios **informe** motivado respecto a la tarifa propuesta, indicando la que considere adecuada en virtud de los estudios técnicos y económicos o documentación aportada.

3. Transcurrido el plazo de treinta días desde la presentación de la solicitud por parte del interesado ante la Comisión de Precios de la Generalitat, **la tarifa se entenderá aprobada.**



LA REVISIÓN DE PRECIOS ES  
INDEPENDIENTE DEL  
MANTENIMIENTO DEL EQUILIBRIO  
ECONÓMICO DEL CONTRATO, art.  
103.10 LCSP pero es el  
MECANISMO ORDINARIO PARA  
MANTENERLO



---

## 2. LA CONTINUIDAD DEL SERVICIO

---

LA  
FINALIZACIÓN  
DEL  
CONTRATO SIN  
NUEVO  
CONTRATISTA

---

ART. 29.4 LCSP

---

ART. 128 RSCL

---

ART. 288 a) LCSP

# 29.4 LCSP

---

## EL 29.4 LCSP (CONDICIONES)

---

QUE A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO NO SE HUBIERA FORMALIZADO EL NUEVO QUE GARANTICE LA CONTINUIDAD.

QUE EL MOTIVO SEA:

- **incidencias por acontecimientos imprevisibles para OC**
- **producidas en el procedimiento de adjudicación**

QUE EXISTAN RAZONES DE INTERÉS PÚBLICO PARA NO INTERRUMPIR LA PRESTACIÓN.

QUE EL ANUNCIO DE LICITACIÓN DEL NUEVO CONTRATO SE HAYA PUBLICADO AL MENOS 3 MESES ANTES.

QUE LA PRÓRROGA NO DURE MÁS DE 9 MESES.

128 RSCL

---

# ART. 128 RSCL

---

**¿ESTÁ VIGENTE?**





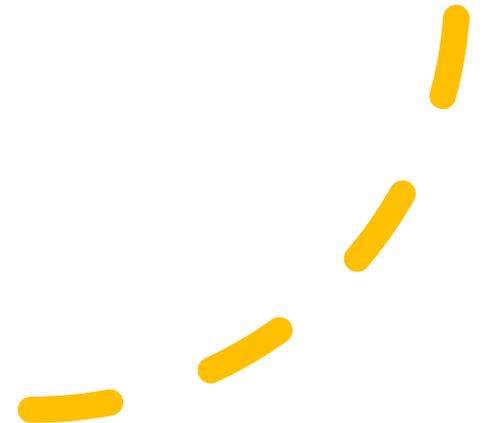
SEGÚN EL TRIBUNAL  
SUPREMO, TSJ  
CANARIAS, TSJ GALICIA,  
TSJ CATALUÑA Y TSJ  
COMUNIDAD  
VALENCIANA:

**SI**

---

# La Sentencia del Tribunal Supremo 7263/1986, de fecha 20.12.1986:

- “Cuarto: ...ante todo, aquella concesión está dominada por un criterio fundamental: **mantener la continuidad de la prestación del servicio público**”.
- “...En definitiva, el interés público de la continuidad del servicio prevalece sobre la doctrina clásica de la inalterabilidad del contrato....”





## Sentencia del Tribunal Supremo de 18 noviembre de 1986

«(...) no se está ante un caso de prórroga expresa o tácita del contrato (...), sino ante una situación excepcional en que denunciado el contrato en la forma legalmente establecida y pactada, la **Administración por razones de interés público unidas a la necesidad de continuidad del servicio —y mientras no se seleccione al nuevo contratista— impone coactivamente la permanencia del anterior** con unas consecuencias equiparables a las producidas cuando la Administración hace uso de las facultades que forman el contenido del "ius variandi", con la ineludible contrapartida de la **compensación económica** a favor del contratista o concesionario de un servicio público, como es el caso al tratarse de un contrato de limpieza del Hospital Insular».

# Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de marzo de 1999

---

«Al regular el art. 127.1 RS las potestades exorbitantes de que gozará la Administración en los contratos de servicios públicos señala que la Corporación concedente ostentará sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes: 1º .....Ordenar discrecionalmente, las modificaciones en el concedido que aconseje el interés público y, entre otras: a) la variación en la calidad, cantidad tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista, y b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del servicio. Si observamos atentamente los preceptos transcritos siempre hacen referencia a la posibilidad de introducir modificaciones en el servicio. Por modificar hay que entender "cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes". Según la doctrina civilista se consideran, por regla general, condiciones accidentales del contrato las que se refieren a la cantidad, modo, tiempo o lugar de las obligaciones. La prórroga de la duración del contrato podría tener cabida dentro de la potestad de modificar el servicio (...).».

Las Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 01.12.1998 y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de fecha 31.10.2003, o la Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 21.05.2002

**Admiten la continuidad del servicio con la empresa que lo venía prestando hasta la convocatoria de una nueva licitación, dado que «...el interés público de la continuidad del servicio prevalece sobre la doctrina clásica de la inalterabilidad del contrato».**

Sentencia de la Sala  
de lo Contencioso-  
Administrativo del  
TSJ COMUNIDAD  
VALENCIANA,  
número 634/2021  
dictada en recurso  
n.º 243/2019.

- La figura de la prórroga "obligatoria" cuestionada puede fundamentarse en el ámbito local, en el artículo 128.1. 1º del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que impone al concesionario la obligación de prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la Corporación concedente. **Se trata de una regla fundada en la necesidad de mantener, en todo caso, la continuidad del servicio. El supuesto que exponemos (ínterin entre finalización y adjudicación del nuevo contrato), no es propiamente una prórroga (expresa o tácita) como adviera la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18.11.1986, sino ante una situación excepcional que requiere la continuidad del servicio por razones de interés público.**
- La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1982 señala que "la continuidad en la prestación del servicio es la nota esencial de todo servicio público y, por lo tanto, un principio inmanente en la naturaleza de la institución". **La inalterabilidad de los contratos públicos cede ante el interés público que encarna la continuidad del servicio ( STS de 20 de diciembre de 1986).**

# LA JCCA TAMBIÉN JUEGA

## Dictamen 31/17:

---

El principio de continuidad en la prestación del servicio público, que cuenta con una tradición jurídica en este tipo contractual, permite que se obligue a los concesionarios a continuar prestando el servicio, situación que debe entenderse como **EXCEPCIONAL Y TRANSITORIA** por el tiempo imprescindible para completar el proceso de licitación del contrato subsiguiente.



# ¿CÚAL ES LA COMPENSACIÓN QUE DEBE SATISFACERSE DURANTE ESTE PERIODO AL CONTRATISTA?

---

- SEGÚN JCCA:

“Durante el tiempo en que el contratista continúa prestando el servicio una vez concluido el plazo fijado en el contrato inicial, la Administración contratante debe compensar al contratista íntegramente por la totalidad de los gastos que éste haya tenido que incurrir para asegurar la continuidad de la prestación y debe hacerlo, en lo que sea posible, **en los términos fijados en el contrato inicial**, debiéndose modular el principio de riesgo y ventura en este periodo conforme a este principio.”



# SEGÚN LAS SENTENCIAS CITADAS



**LO ACORDADO EN LOS CONTRATOS  
CUYA CONTINUIDAD SE ACUERDA.**



**ESPECIAL ATENCIÓN A LA  
COMPENSACIÓN DE MODIFICACIONES  
INTRUCIDAS: IUS VARIANDI**



288 a) LCSP

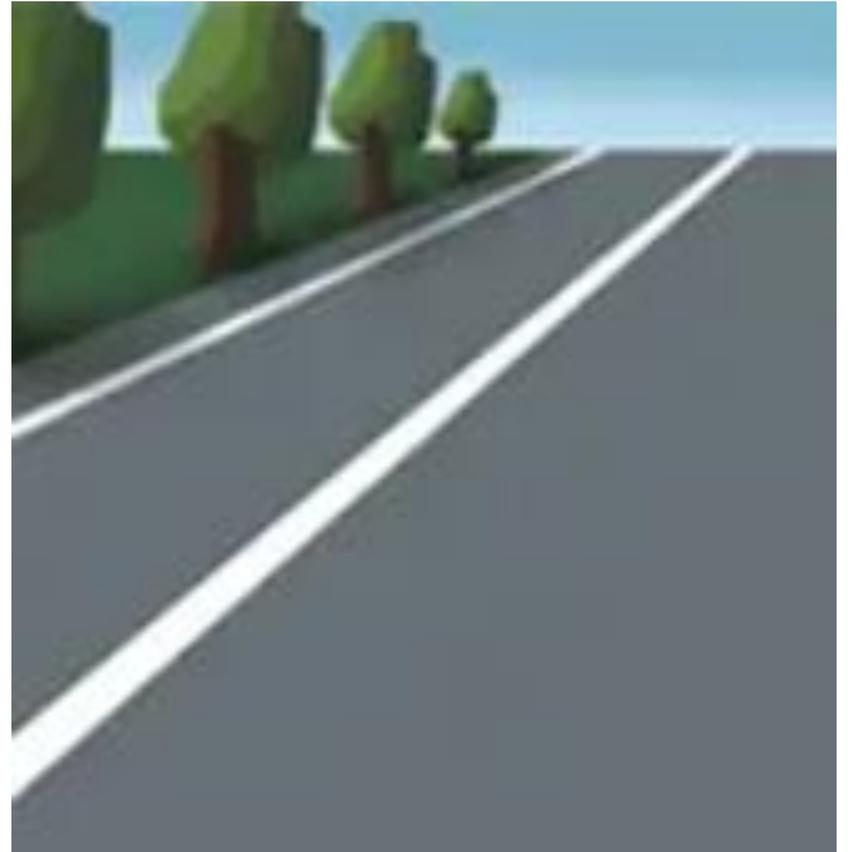
---

ART. 288 a) LCSP

## Obligaciones generales del concesionario

---

a) Prestar el servicio con la continuidad convenida ....**En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato.**



Sentencia del TSJ  
de Cataluña  
4482/2022, de  
15 de diciembre,  
dictada en  
Recurso n.º  
359/2018, FJ  
QUINTO

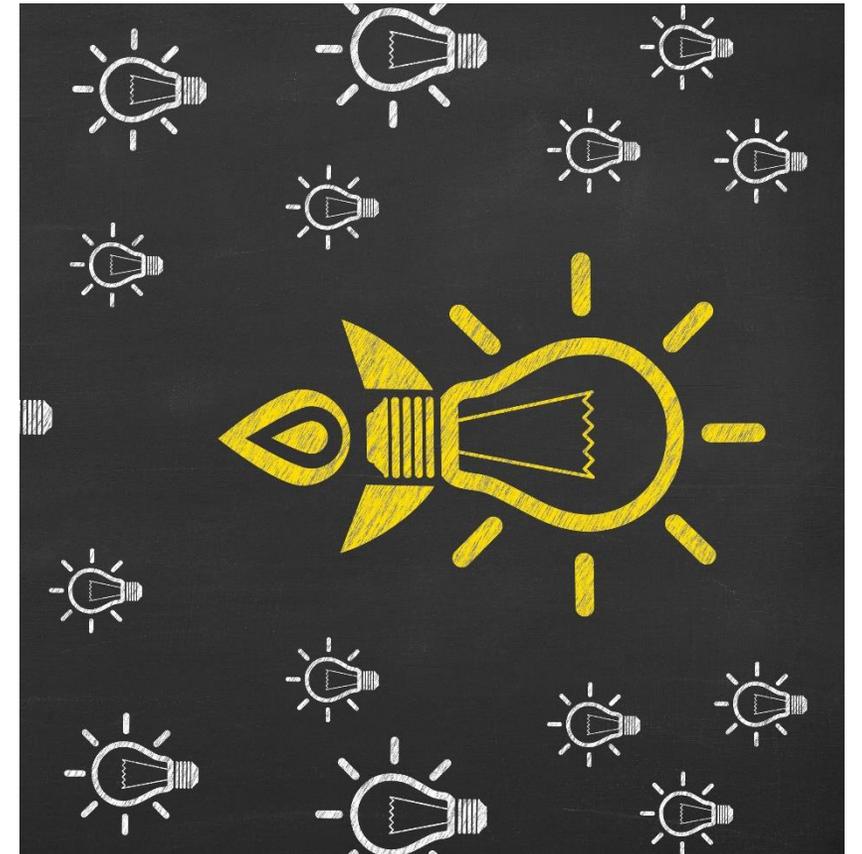
- Al examinar las condiciones de la concesión en el periodo contemplado, debemos indicar que la regla general para la **prolongación de la prestación del servicio es la del mantenimiento de las condiciones de la concesión en este periodo que puede denominarse de "prolongación excepcional por razones de interés público"**
- **lo cual constituye una obligación del concesionario, tal como se recoge los artículos 246 b) y 280 a) del TRLCSP de 2011, y en los arts. 29.4 y 288.a) de la vigente Ley 9/2017, en tanto que se mecanismo transitorio para garantizar la continuación de la prestación por el contratista del servicio hasta que se formalice el nuevo contrato, o la nueva forma de gestión, y comience su ejecución.**
- ....Se trata de una solución fundada en razones de interés público, que garantiza el equilibrio de prestaciones en el sentido que **se impone unilateralmente al contratista la continuidad en la prestación del servicio con arreglo a unas cláusulas que fueron aceptadas por las partes en su momento**, aun cuando el contrato concertado esté viciado de nulidad o, lo que es lo mismo, carezca de eficacia jurídica...

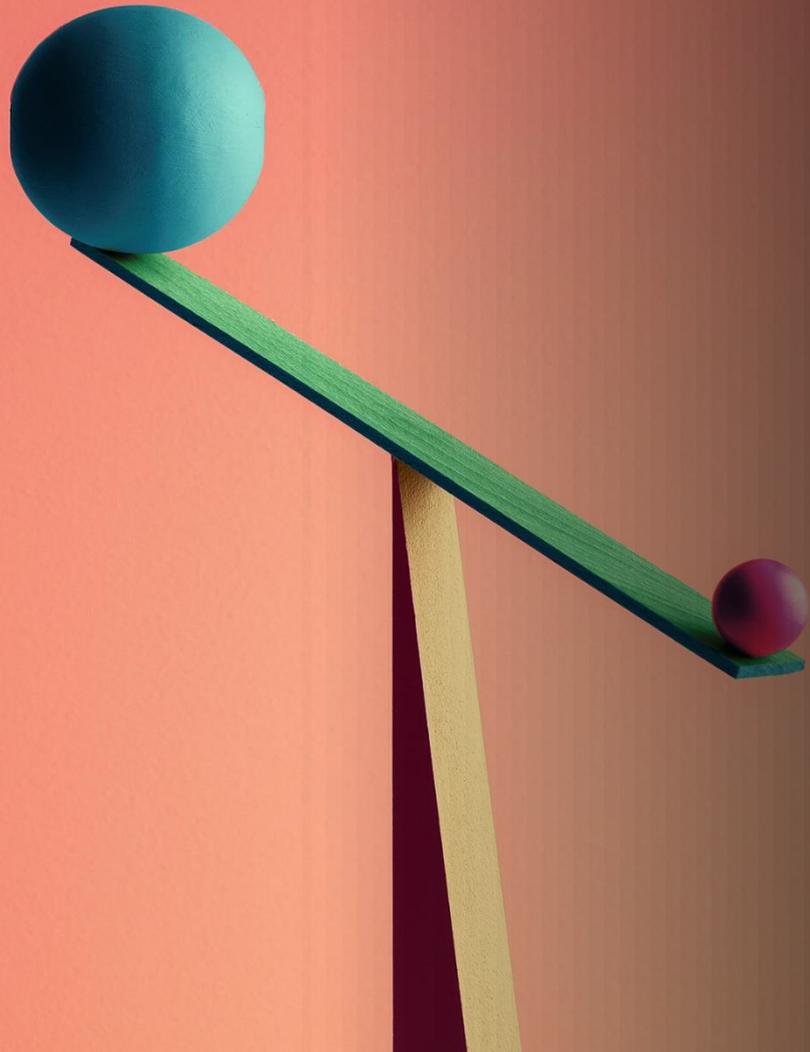
# SE CONCLUYE QUE PARA LA PROLONGACIÓN:

---

SE DEBE DICTAR ACTO EXPRESO

SE DEBE MOTIVAR LA  
EXCEPCIONALIDAD DE SU  
APLICACIÓN

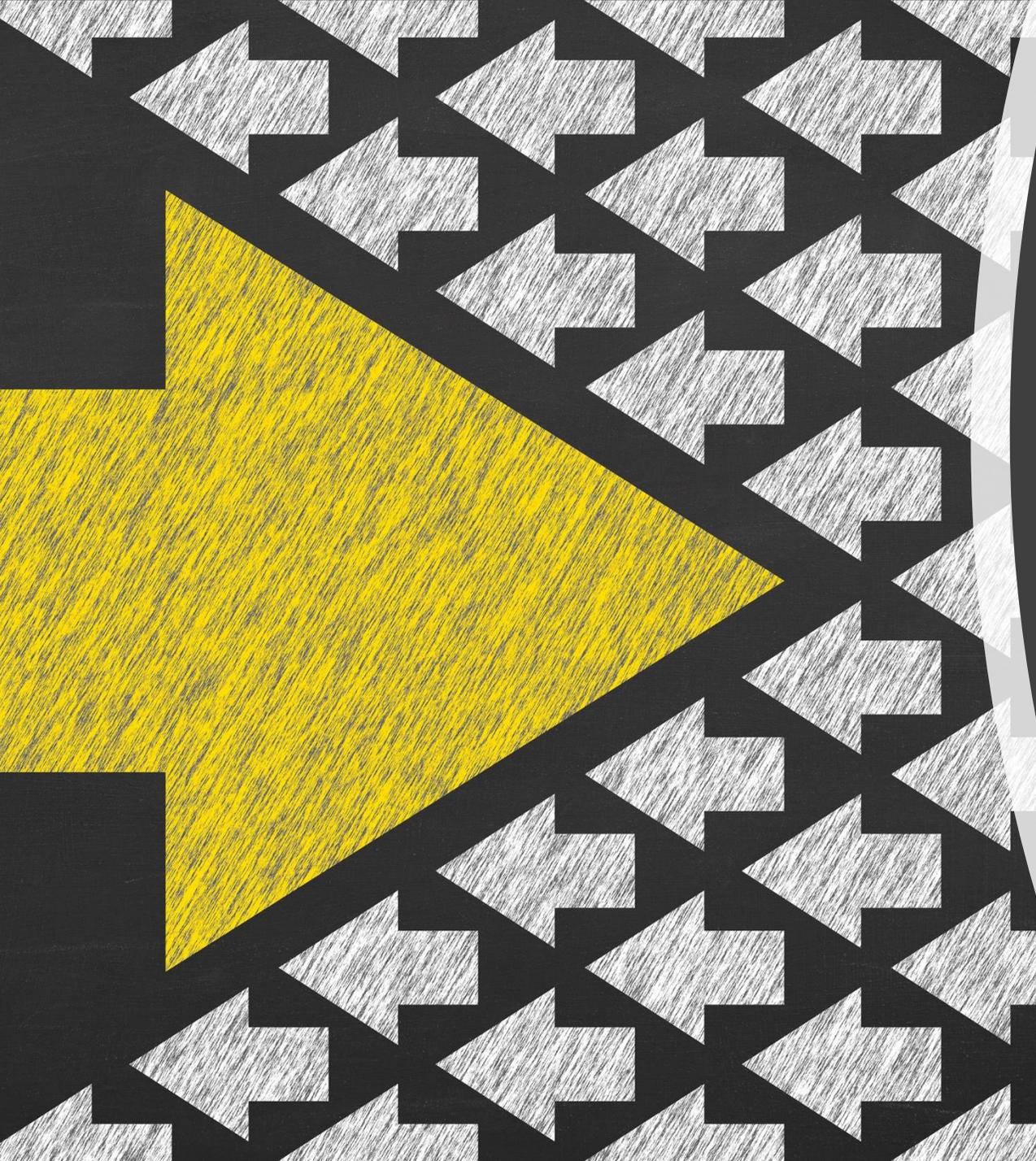




---

### 3. EL DESEQUILIBRIO ECONÓMICO Y SU RESTAURACIÓN: Art. 270 y 290 LCSP

---



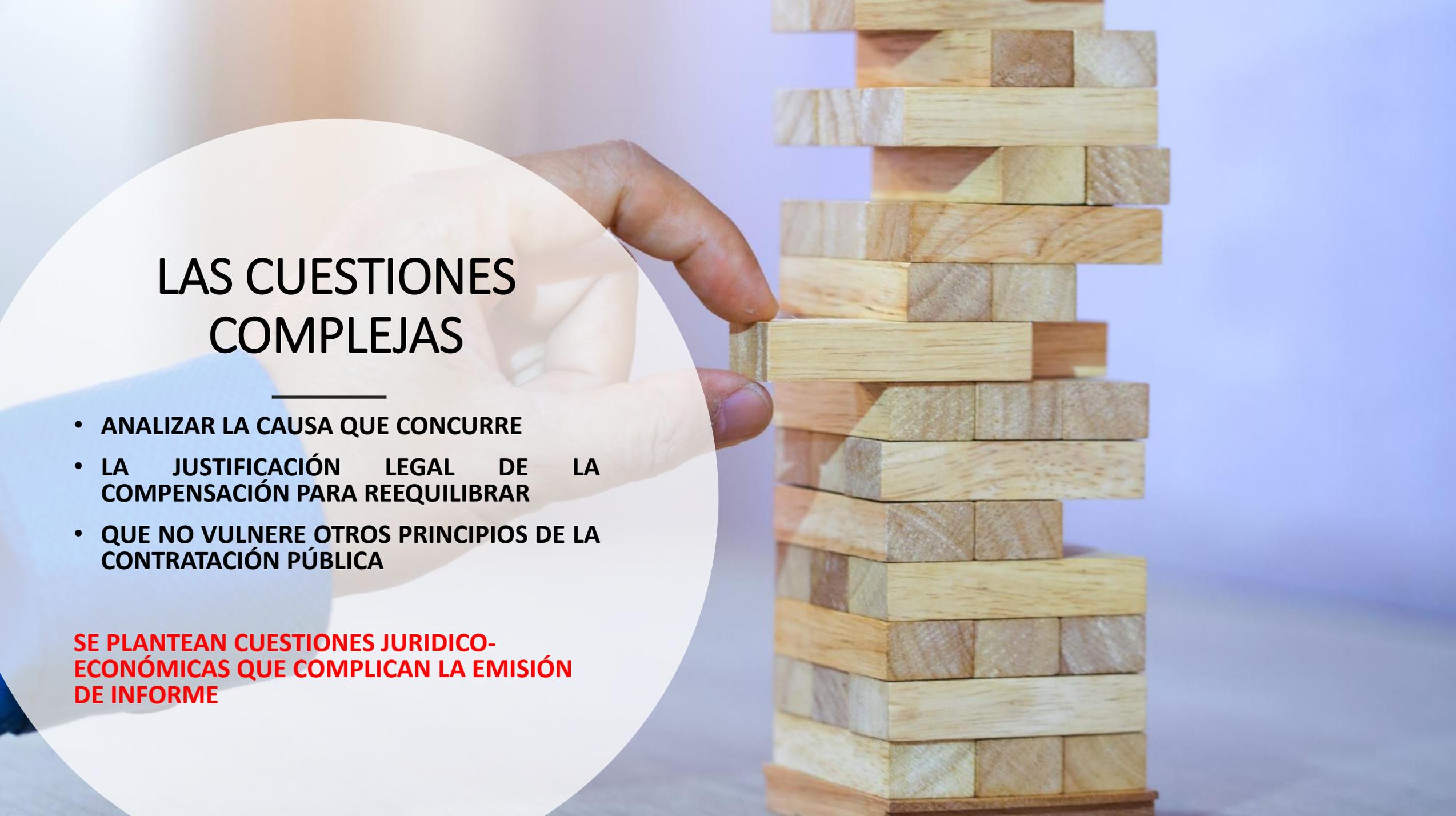
# LO QUE HEMOS OLVIDADO...

- ES UNA FIGURA BILATERAL
- ANTES DE LA LCSP SE REFERIA SÓLO A COMPENSAR AL CONTRATISTA, EN LA LCSP TIENE LOS 2 SENTIDOS (ART. 290.2 LCSP)

CUESTIONES  
PREVIAS  
novedosas en la  
LEY 9/2017

LA RESTAURACIÓN DEL REEQUILIBRIO PUEDE AFECTAR A CONCESIONES DE SERVICIOS PRIVADOS...**COMO UN BAR** (que algunas JCCA han considerado como concesión de servicios en lugar de concesión demanial)

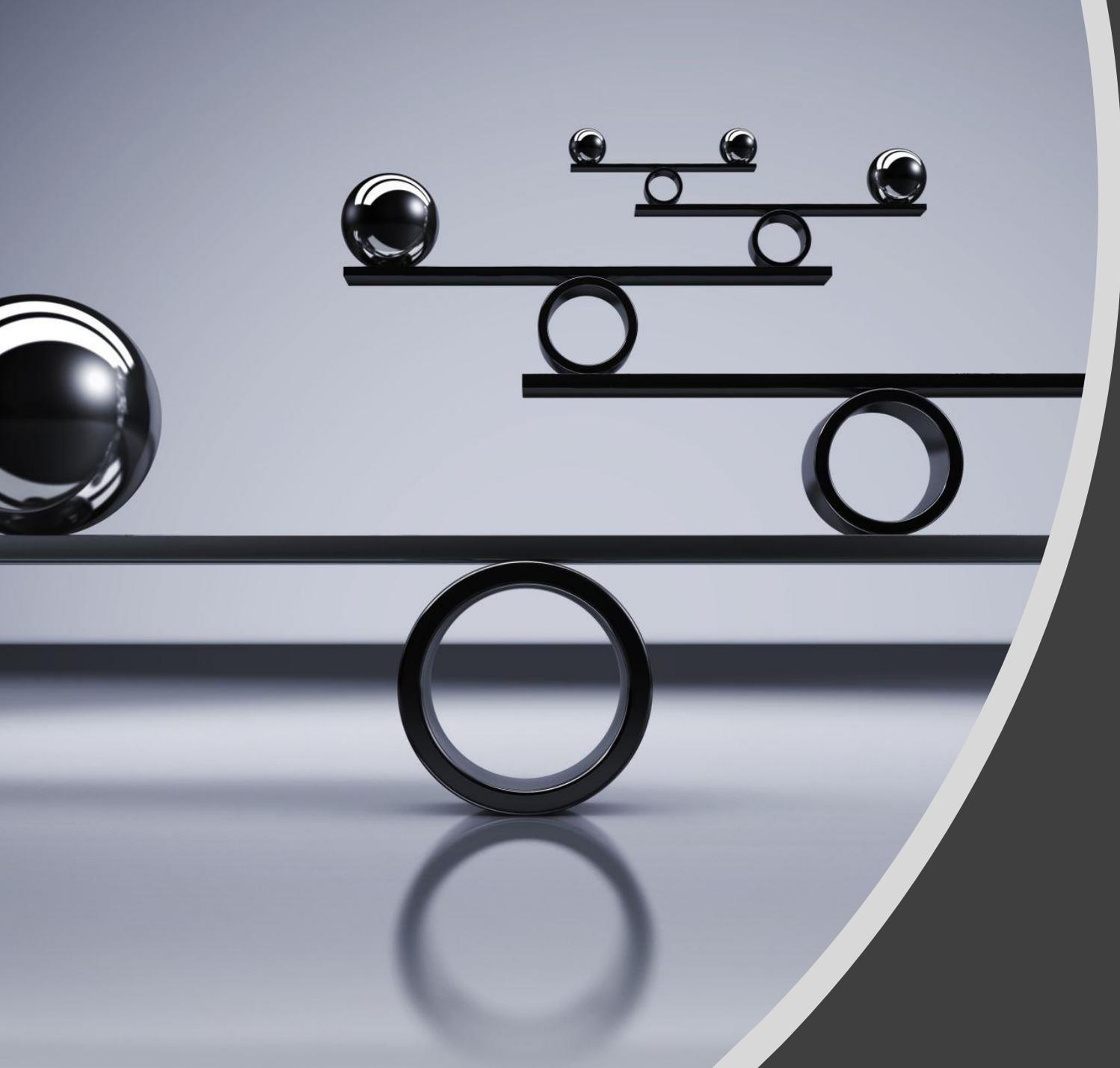
DEBE INTERVENIR LA OFICINA NACIONAL DE EVALUACIÓN (ONEC) EN LA EMISIÓN DE INFORME SOBRE EL DESEQUILIBRIO DE LAS CONCESIONES

A hand is shown balancing a wooden block on top of a tall, narrow stack of wooden blocks, resembling a Jenga tower. The background is a soft, out-of-focus blue and white gradient. A large white circle is overlaid on the left side of the image, containing text.

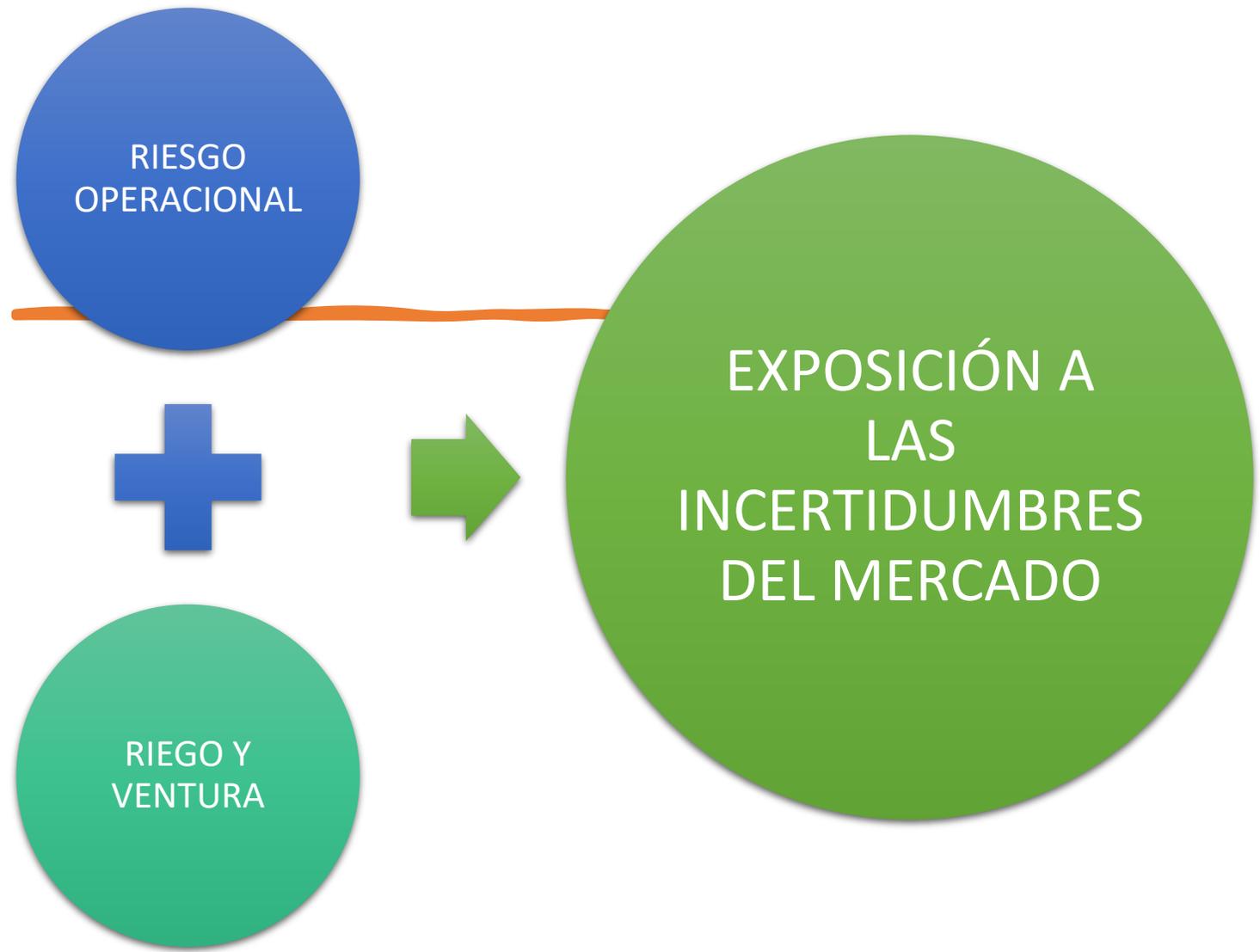
# LAS CUESTIONES COMPLEJAS

- ANALIZAR LA CAUSA QUE CONCURRE
- LA JUSTIFICACIÓN LEGAL DE LA COMPENSACIÓN PARA REEQUILIBRAR
- QUE NO VULNERE OTROS PRINCIPIOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

**SE PLANTEAN CUESTIONES JURIDICO-ECONÓMICAS QUE COMPLICAN LA EMISIÓN DE INFORME**



¿COMO SE CONJUGA EL  
PRINCIPIO DE EQUILIBRIO  
ECONÓMICO CON EL RIESGO  
Y VENTURA GENERAL Y EL  
RIESGO OPERACIONAL EN  
CONCESIONES?



# EL RIESGO Y VENTURA SEGÚN EL TS

- **STS 6 MAYO 1988** “frente a la legítima aspiración de obtener beneficios el contratista asumió el riesgo de sufrir pérdidas como consecuencia de cálculos erróneos o de la aparición de inesperadas circunstancias incidentes en la ejecución del contrato”.
  - **STS de 24 ABRIL 1985** «hay que dejar a cargo del concesionario, lo que se ha llamado "el alea normal del contrato", es decir, la pérdida o beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que, un seguro total, que garantice al concesionario todos los riesgos eventuales de la empresa, y los traslade a la Administración en su integridad, vendría a establecer un «desequilibrio».
  - **STS de 4 JULIO 2006.** Además, está dentro del riesgo y ventura la capacidad gestora del concesionario, de su mayor o menor diligencia previsor y organización de sus recursos materiales y humanos.
-



# EL RIESGO Y VENTURA SEGÚN EL TS

**STS de 16 de mayo de 2008, rec. de casación 328/2006 y STS de 28 de enero de 2015**

El principio de riesgo y ventura no es absoluto. Quiebra o se puede modular por tres motivos: modificaciones del contrato; revisión de precios y mantenimiento del equilibrio económico.

El principio de riesgo y ventura al que ha de someterse el contratista no sólo «ha de cohonestarse con la necesidad de mantener el equilibrio financiero de la concesión otorgada», sino también, «y muy específicamente con el deber de la entidad concedente de otorgar al concesionario la protección adecuada para que pueda prestar el servicio debidamente»

---



# PERO....

---

Como ha expuesto con notables ejemplos **FUERTES LÓPEZ**, «las venturas sí son acogidas por los empresarios, pero los riesgos y sus desventuras quedan para la Hacienda Pública» con el «traslado al erario público de colosales deudas de proyectos fracasados»

# EL JUEGO SIMULTÁNEO DE RIESGO Y VENTURA Y EQUILIBRIO ECONÓMICO

Ambos principios han de intervenir **con igual intensidad en la relación económica** contractual de las concesiones, aunque ni legal ni doctrinalmente se ha desarrollado de manera precisa un sistema que precise como mantener esa convivencia, como garantizar la coexistencia de ambos.



La coordinación de estos principios debe ser garantizar la continuidad de la gestión en circunstancias normales, evitado que un eventual desequilibrio repercuta en el abandono de la concesión o el deterioro del servicio, **pero sin que exista un seguro gratuito que traslade todos los riesgos de la empresa a la Administración**, garantizando a éste siempre unos rendimientos mínimos.

LA  
JURISPRUDENCIA  
trata de  
CONJUGAR LOS 2  
PRINCIPIOS:  
equilibrio +  
riesgo y ventura  
SEÑALANDO:

---

1. La fórmula del mantenimiento del equilibrio financiero tiene carácter «excepcional», siendo la regla general la celebración de todos los contratos a riesgo y ventura del contratista, mitigado mediante la fórmula de revisión de precios.

---

2. El objetivo del principio del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión es solo salvar la prestación del servicio público impidiendo la ruina de la concesión, pero en modo alguno garantizar los beneficios al contratista.

---

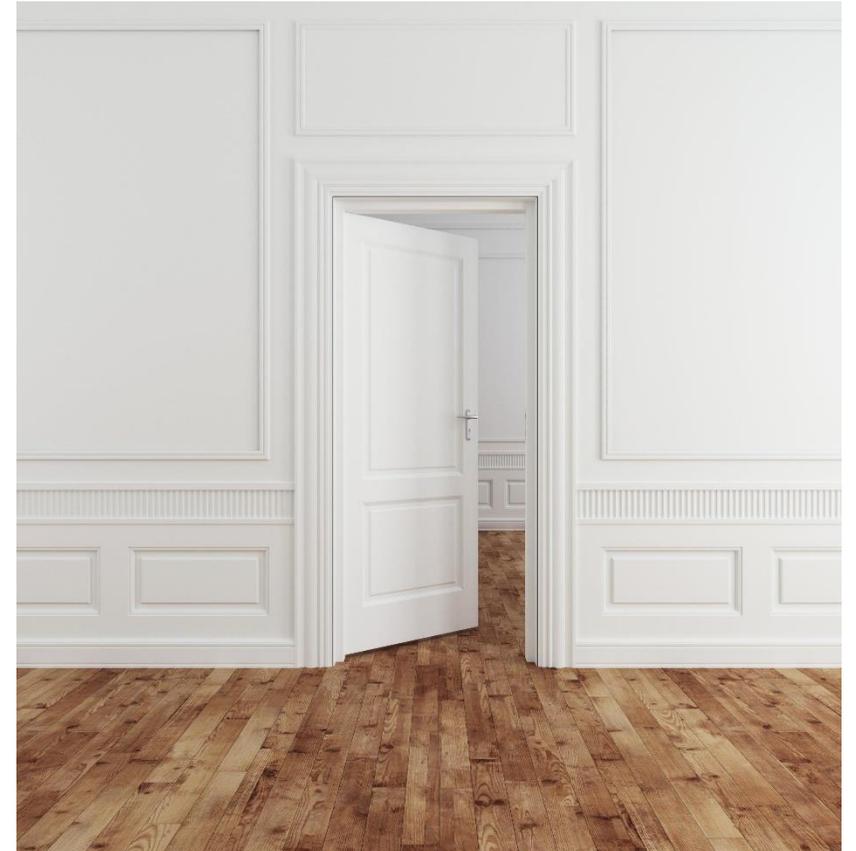
3. Para ello han de distribuir proporcionalmente las pérdidas (o las ganancias, porque el principio juega a favor de ambas partes) entre los dos contratantes, de manera que se impida la quiebra de la concesión, pero sin resarcir todos los perjuicios (este reparto, como se detallará más adelante, sólo se predica en los supuestos de riesgo imprevisible).

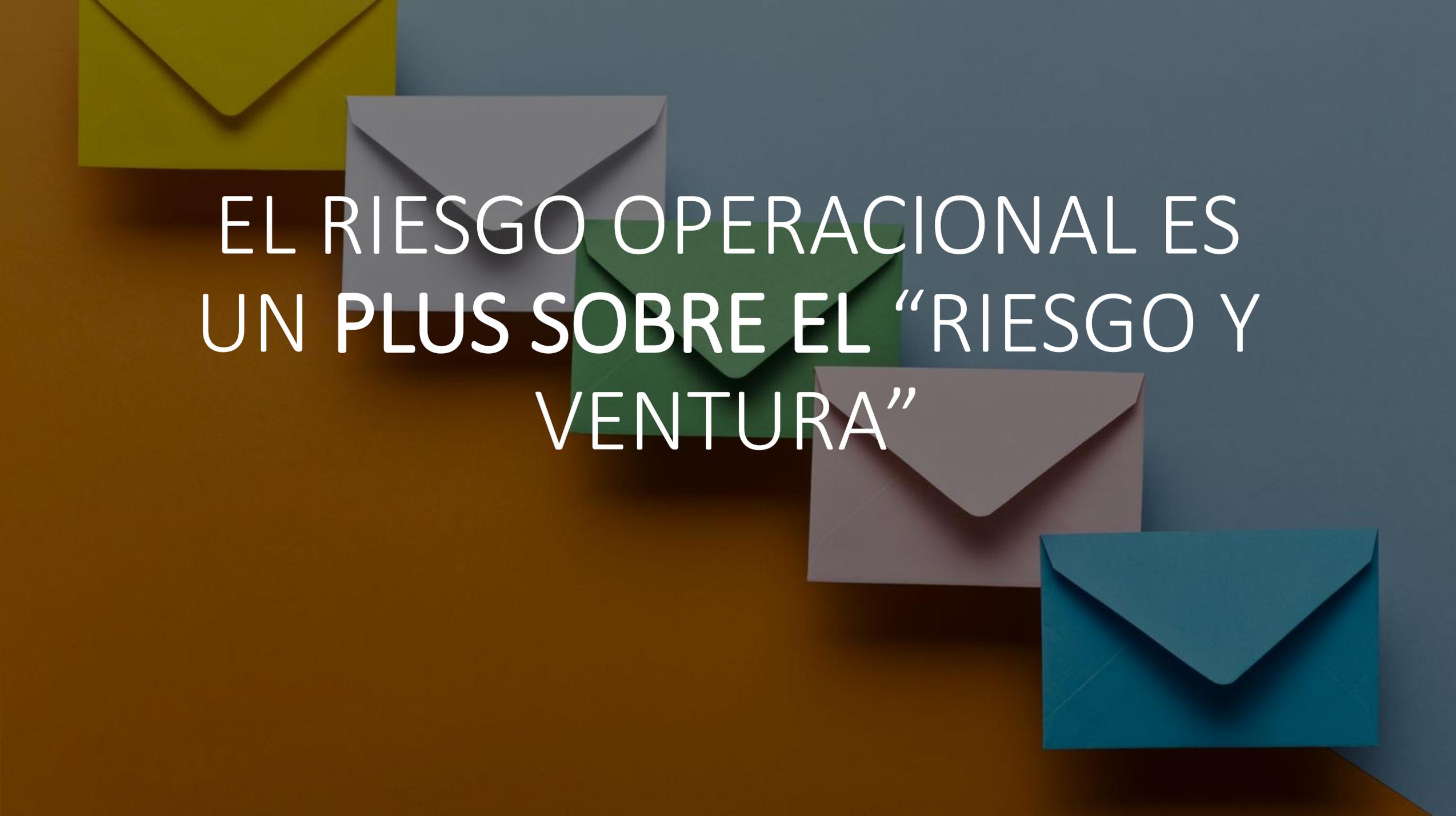
# EL RIESGO OPERACIONAL...NO SE HAN PRONUNCIADO LOS TRIBUNALES.

---

En el considerando 20 de la Directiva de concesiones y en su artículo 5.1, se dejan claras dos cuestiones en relación al riesgo que ha de asumir el contratista para que un contrato puede ser calificado como concesión:

1. Que el traslado al contratista del «riesgo operacional de la explotación», que va más allá del «riesgo y ventura» es de un riesgo que escapa del control del concesionario y dependerá de las **incertidumbres del mercado.**
2. Que ese riesgo ha de ser de tan calibre que el concesionario **no tiene garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento (...) vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes de la explotación** de la concesión.



The background features a gradient from dark blue on the right to dark brown on the left. Several envelopes in various colors (olive green, grey, dark green, purple, teal) are scattered across the scene, some overlapping. The text is centered in white, bold, uppercase letters.

EL RIESGO OPERACIONAL ES  
UN PLUS SOBRE EL “RIESGO Y  
VENTURA”

## ALGUNAS CONCESIONES DE AGUA LO SON “A TODO RIESGO”

---

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales En la Resolución 562/2016, de 15 de julio de 2016, analiza los pliegos de la concesión de un servicio municipal de abastecimiento de agua. **El Tribunal descarta la calificación del contrato como concesión por entender que no se trasladaban realmente al contratista los riesgos de la explotación, ya que estos estaban cubiertos en todo momento por el compromiso del Ayuntamiento de mantener el equilibrio económico financiero de las concesión.**



# LAS 7 REGLAS:

Según  
MARTINEZ  
FERNANDEZ “la  
gestión de los  
servicios  
públicos”. El  
Consultor 2018

1. EL PCA HA DE PRECISAR EN QUÉ TÉRMINOS UNA CONCESIÓN ESTÁ EQUILIBRADA.
2. EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO DEBE COEXISTIR CON EL DE RIESGO Y VENTURA Y RIESGO OPERACIONAL.
3. EL EQUILIBRIO DEBE GARANTIZARSE A FAVOR DE AMBAS PARTES
4. LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO HA DE ESTAR PROVOCADA POR UNA CAUSA AJENA A LA VOLUNTA DE LA PARTE QUE RECLAMA EL RESTABLECIMIENTO.
5. LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO HA DE SER SUSTANCIAL.
6. LA RUPTURA DEBE PRODUCIRSE POR ALGUNA DE LAS 3 CAUSAS.
7. EL MONTANTE DEL DESEQUILIBRIO DEBE REPARTIRSE ENTRE AMBAS PARTES.

A close-up photograph of a chessboard with several dark wooden pieces standing upright and one white piece lying on its side. The background is softly blurred, showing a warm light source. The text is overlaid in the center of the image.

# PRIMERA REGLA:

EL PCA HA DE PRECISAR EN QUÉ TERMINOS ECONÓMICOS UNA  
CONCESIÓN ESTÁ EQUILIBRADA



A PARTIR DE DATOS ESTUDIO  
ECONÓMICO Y FINANCIERO  
ELABORADO POR AYTO.

EL APORTADO POR LA ENTIDAD  
CONTRATANTE (que tiene carácter  
contractual).

ART. 290.2 LCSP prevé que debe  
mantenerse el equilibrio de los  
supuestos económicos que fueron  
considerados como básicos en la  
adjudicación del contrato.

Es en el estudio económico  
concesional donde se ha de precisar  
en qué condiciones y con qué datos  
de gastos e ingresos el contrato está  
equilibrado: con los ingresos  
estimados se amortizan las  
inversiones realizadas, se cubren los  
gastos de explotación previstos  
(incluido en su caso, el canon a  
abonar a la Administración) y se  
permite al contratista un margen de  
beneficio «razonable» (margen  
normal de beneficio industrialart.  
129.3 RSCL)

# EQUILIBRIO

## INGRESOS

- TARIFAS
- OTROS INGRESOS
- APORTACIÓN MUNICIPAL

## GASTOS

- EXPLOTACIÓN
- CANON
- AMORTIZACIONES

BENEFICIO RAZONABLE  
ART. 129.3 RSCL



# SEGUNDA REGLA:

EL PRINCIPIO DE EQUILIBRIO ECONÓMICO DEBE COORDINARSE CON EL DE RIESGO Y VENTURA Y RIESGO OPERACIONAL

- PARA COORDINAR LOS 2 PRINCIPIOS LA JURISPRUDENCIA EXIGE UN **“REPARTO EQUITATIVO”** DE LAS CONSECUENCIAS, PERO NO SE HA LLEGADO A DETERMINAR UN %.
- EN EL RESTABLECIMIENTO POR RIESGO IMPREVISIBLE **LA COMPENSACIÓN NO DEBERÍA SER INTEGRAL, PUESTO QUE NO PUEDE ABARCAR EL LUCRO CESANTE YA QUE NO EXISTE UNA GARANTÍA DEL BENEFICIO DEL CONTRATISTA** (Consejo Consultivo Castilla y León dictamen 150/2014).
- LA ENTRADA EN JUEGO DEL TERCER PRINCIPIO **“RIESGO OPERACIONAL”** va a LIMITAR EL DE EQUILIBRIO ECONÓMICO.

A close-up photograph of a chessboard with several dark wooden pieces standing upright and one white piece lying on its side. The background is softly blurred, showing a warm light source. The text is overlaid in the center of the image.

# TERCERA REGLA:

EL EQUILIBRIO HA DE GARANTIZARSE A FAVOR DE AMBAS PARTES



# TAMBIÉN A FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN

- ART. 1289 del CC: PRINCIPIO DE IGUALDAD ESENCIAL ENTRE LAS PARTES.
  - ART. 127.2.2ª b) del RSCL: se revisarán las tarifas o las subvenciones, para mantener el equilibrio financiero de la concesión cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles determinen, **en cualquier sentido**, la ruptura de la economía de la concesión.
  - ART. 270.1 de la LCSP exige que el mantenimiento del equilibrio económico de la concesión haya de hacerse teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario.
  - La jurisprudencia también se manifiesta en este sentido: la STS de 18 de julio de 2018, 2692/2016, habla expresivamente del «restablecimiento del equilibrio sinalagmático en la concesión».
-



# Y LA DOCTRINA SEÑALA:

F. **SOSA WAGNER** recuerda y lamenta la ambivalencia teórica, pero con escasa práctica en favor de la Administración, del principio de mantenimiento del equilibrio económico de la concesión: «el restablecimiento del equilibrio financiero juega tanto a favor del empresario como de la Administración concedente, en «cualquier sentido», según la expresión elocuente del art. 127.2 RS. La experiencia demuestra que, por desgracia, la administración no pone el mismo entusiasmo que los empresarios a la hora de hacer valer sus derechos»

No restablecer el mantenimiento del equilibrio en favor de la Administración cuando corresponda, supone vulnerar el principio de buena administración en la gestión de los fondos públicos, permitiendo con ello el enriquecimiento injusto del concesionario a costa del interés general, algo que se ha apuntado podría ser constitutivo, incluso, de ilícito penal .

---



# CUARTA REGLA:

LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO HA DE ESTAR PROVOCADA POR CAUSA AJENA A LA VOLUNTAD DE LA PARTE QUE RECLAMA SU RESTABLECIMIENTO



ESTA CIRCUNSTANCIA SE  
HA DE PROBAR.

SI ES EL AYTO EL QUE  
HA DECIDIDO  
MODIFICAR: DEBE  
CARGAR CON LAS  
CONSECUENCIAS.

SI ES FRUTO DE UNA  
GESTIÓN NEGLIGENTE  
DEL CONTRATISTA: DEBE  
CARGAR ÉSTE CON LAS  
CONSECUENCIAS.

---

# Y QUÉ DICEN LOS TRIBUNALES?...

- **La STS de 27 de octubre de 2009** precisa al respecto: «es menester que las circunstancias concurrentes desencadenantes del desequilibrio contractual, además de ser imprevisibles, sean producidas sin culpa en los contratantes». No procede por lo tanto restablecer el equilibrio si las pérdidas o reducción de ingresos se deben a un error de cálculo del contratista al realizar su oferta (STS de 4 de julio de 2006; STSJCyL de 13 de octubre de 2010, rec. 015/2010), o a una mala gestión por su parte (ATACP de Aragón 51/2014, de 4 de septiembre).
- Pero cuándo el desequilibrio es producido por una actuación directa de la Administración, una modificación del contrato, le corresponde indemnizar al contratista (**STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 16 mayo 2008**).

A close-up photograph of a chessboard with several dark wooden pieces standing upright and one white piece lying on its side. The background is blurred, showing a warm light source. The text is overlaid in the center of the image.

# QUINTA REGLA:

LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO HA DE SER SUSTANCIAL

# SUSTANCIAL como requieren art. 270.2b) y 290.4 b) LCSP

EL RSCL exige que se produzca una SUBVERSIÓN en la economía de la concesión.

No vale una simple reducción de ingresos o incremento de gastos de cualquier cuantía

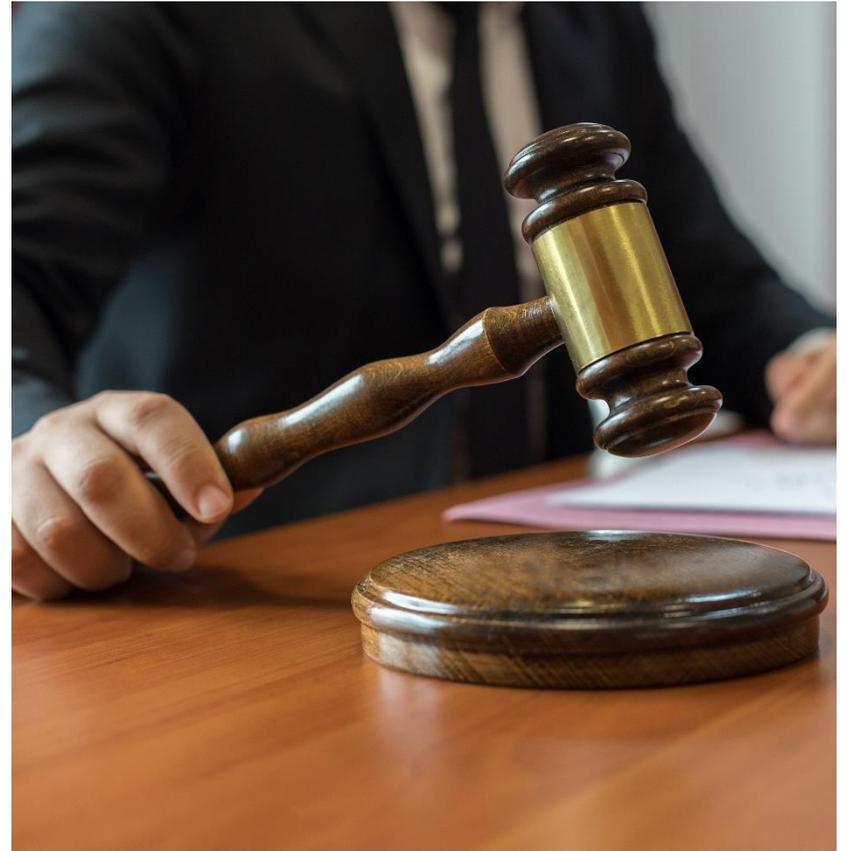
Se requiere no una reducción del beneficio sino una involución, que el servicio entre en pérdidas continuadas.

No se exige que sea SUSTANCIAL en el caso de modificaciones de contratos.

# Y LOS TRIBUNALES SEÑALAN:

---

- **La STS de 10 de noviembre de 2009 (rec. 930/2007)** considera que «el desequilibrio económico ha de ser suficientemente importante y significativo para que no pueda ser subsumido en la estipulación general de riesgo y ventura
- **La Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de julio de 2014**, que habla de «una alteración irracional».
- **La STS 9 de mayo de 2014 (rec. 1457/2013)** es si cabe más radical, asumiendo el argumento de la sentencia recurrida: que se produzca «una desproporción exorbitante, fuera de todo cálculo, que verdaderamente derrumben el contrato por aniquilación del equilibrio de las prestaciones».

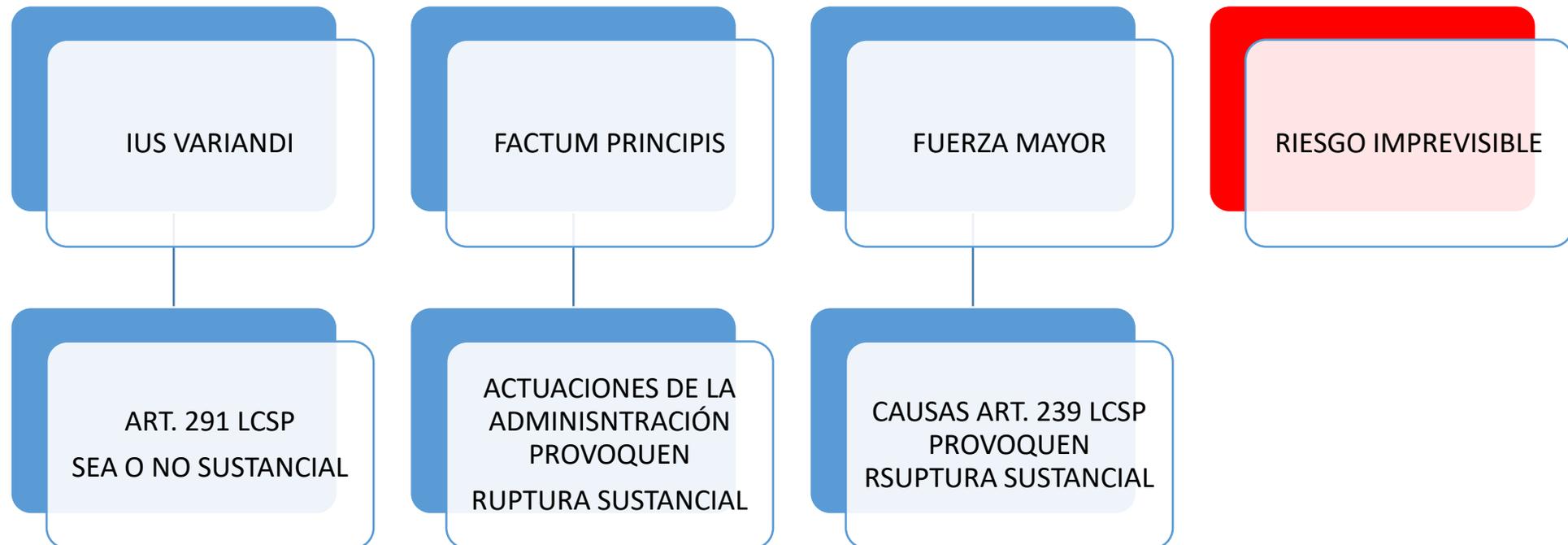




# SEXTA REGLA:

LA RUPTURA DEBE PRODUCIRSE POR ALGUNA DE LAS 3 CAUSAS  
PREVISTAS EN LA LEY

# LAS 3 CAUSAS DE LA LCSP + RIESGO IMPREVISIBLE



IUS VARIANDI

---

IUS VARIANDI NO  
SIEMPRE  
SUPONE  
COMPENSACIÓN

- **STS 4 MAYO 2016 (REC. 2765/2014):** Si la modificación no supone ruptura del equilibrio económico-financiero de la concesión no procede compensación alguna.

FACTUM PRINCIPIS

---

*E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ (69) o F. SOSA WAGNER, se señala que se produce el factum principis «cuando los poderes públicos, al adoptar medidas políticas o económicas generales, inciden en el seno de una relación contractual»*

- **FACTUM PRINCIPIS**, «hecho de príncipe»: artículos 270.2.b y 290.4.b de la LCSP: medidas adoptadas por la Administración concedente en el ejercicio de sus potestades generales que modifican el contrato no de forma indirecta.
- En palabras del Tribunal Supremo, «medidas administrativas adoptadas al margen del contrato, pero con repercusión en las obligaciones nacidas de él haciendo más oneroso su cumplimiento" (STS de 20 de noviembre de 1995).
- El tratamiento es totalmente diferente **cuando la alteración de la economía del contrato se debe a una decisión de una Administración distinta de la concedente.**

# EJEMPLOS EN LOS QUE HA ADMITIDO:

---

- **El Consejo Consultivo de Castilla la Mancha, en su dictamen 236/2010, de 27 de octubre, admitió la ruptura del equilibrio económico en un contrato de gestión servicio público del ciclo integral del agua** en un municipio por el incremento del coste de la energía eléctrica derivado de decisiones de la Administración del Estado.
- **La STSJ de Castilla y León de 16 de mayo de 2011** define como una «actuación indirecta seciente a la adopción por cualquier Administración o ente público de medidas administrativas sociales o económicas de carácter general, acordadas al margen del contrato, pero con una repercusión negativa en su ejecución por hacerlo más oneroso para una de las partes, causando perjuicios concretos para el contratista o el concesionario»

# LA LEY EXIGE 2 REQUISITOS: ART. 290.4 B) LCSP

1. QUE SEA SUSTANCIAL

2. QUE LAS ACTUACIONES QUE PROVOQUEN LA RUPTURA SUSTANCIAL DE LA ECONOMÍA DEL CONTRATO, SEA LA CONCEDENTE Y NO OTRA.

**NO ES FACTUM PRINCIPIS** cuando la ruptura en el equilibrio de la concesión sea consecuencia de la aprobación con posterioridad a la formalización del contrato, de una disposición general por una Administración distinta de la concedente. Se trata de un supuesto que ha de asumir el contratista dentro de su riesgo y ventura (así lo había entendido la STS de 16 de mayo de 2011). Ejemplo de ello: incremento salario mínimo interprofesional.



RIESGO  
IMPREVISIBILE  
“Rebus sic stantibus”



DOCTRINA CONSOLIDADA

NO SE REGULA EN LCSP

SI SE REGULA RSCL

ADMITIDA POR LOS  
TRIBUNALES: STS de 28 de  
enero de 2015 (rec. 449/2012  
); STS de 20 de abril de 2015  
(rec. 54/2013); STS de 6 de  
noviembre de 2015 (rec.  
2785/2014); STSJ de Valencia  
de 28 de noviembre de 2017  
(rec. 728/2015).

JCCA ARAGON: JCCA Aragón  
15/2013

The background is a photograph of a desert landscape with several dead, black, skeletal trees. The sky is a gradient of orange and yellow, suggesting a sunset or sunrise. A large, semi-transparent white circle is overlaid on the left side of the image, containing text and a horizontal line.

## EJEMPLO:

- 
- ¿SEQUÍA?
  - ¿CONTAMINACIÓN DE AGUA?



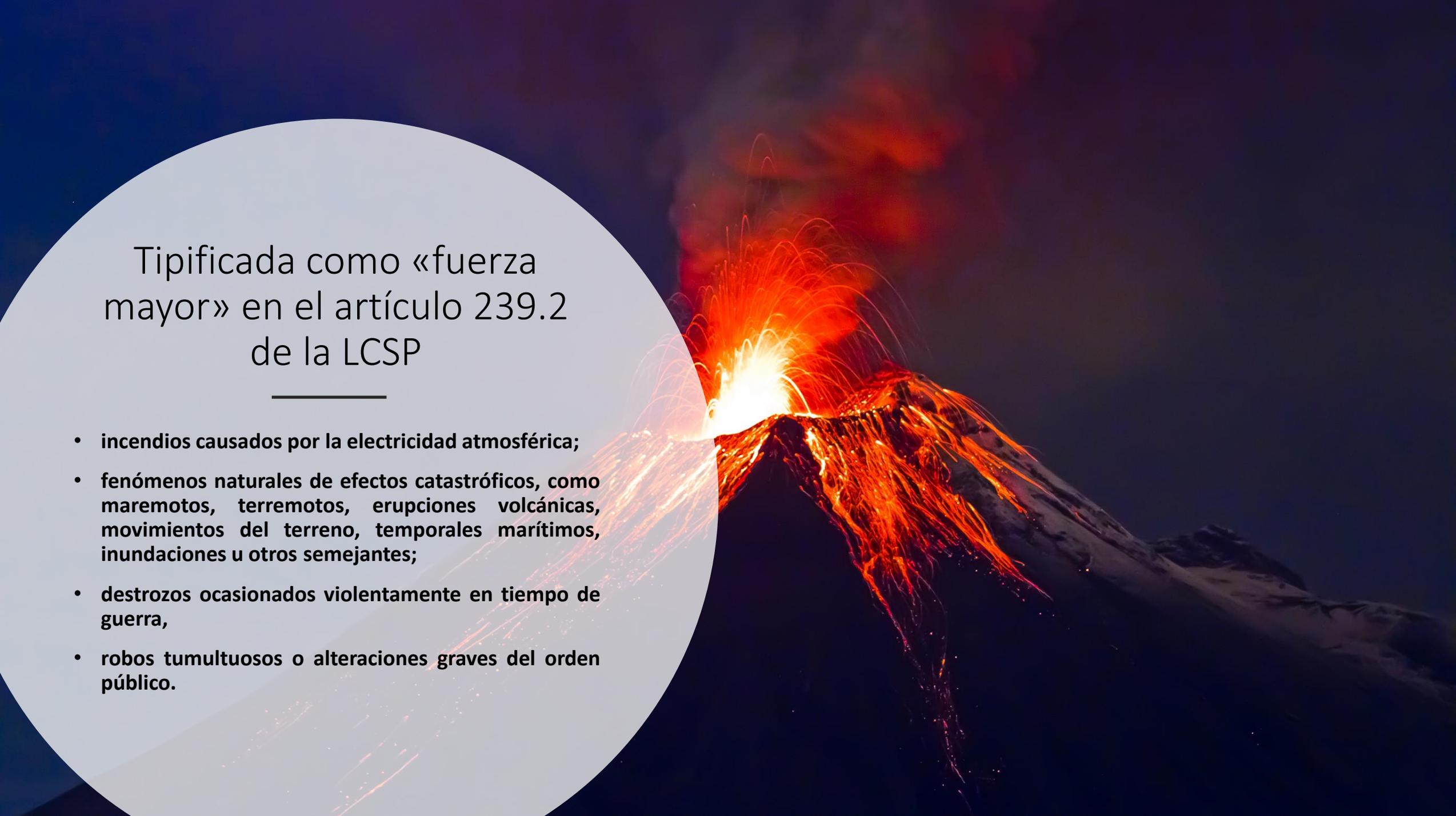
# NO SON IMPREVISIBLES

---

- **LOS ATRIBUIBLES A LA FALTA DE DILIGENCIA O MALA GESTIÓN DEL CONTRATISTA.** STS de 28 de enero de 2015, rec. 449/2012 (ya era público el proyecto de hacer una autovía paralela a la AP R-3); ATARC de Madrid 143/2014, de 10 de septiembre.
- **LOS INCREMENTOS SALARIALES DERIVADOS DE CONVENIOS COLECTIVOS O HUELGA DE TRABAJADORES DEL SERVICIO.** STS 2 de diciembre de 1988;
- **DEMANDA INFERIOR A LA PREVISTA.** STS de 4 de julio de 2006.
- **LOS CICLOS ECONÓMICOS O LA COYUNTURA ECONÓMICA GENERAL.** SAN 21 de octubre de 2013 (sección 8ª): «no puede considerarse imprevisible la variación del ciclo económico o la variación de las condiciones en la forma de prestación en la ejecución de un contrato de tan larga duración, como el presente». La STS de 28 de enero de 2015 (rec. 449/2012) consideró que las crisis económicas son cíclicas, como el desarrollo urbanístico, «no constituye, pues, una realidad inesperada, aunque pueda desconocerse el momento exacto de producción»

FUERZA MAYOR  
*numerus clausus*

---

A photograph of a volcanic eruption at night, showing a bright orange and red lava flow cascading down a dark mountain slope. The sky is dark, and the lava is the primary light source. A large white circle is overlaid on the left side of the image, containing text.

## Tipificada como «fuerza mayor» en el artículo 239.2 de la LCSP

---

- incendios causados por la electricidad atmosférica;
- fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes;
- destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra,
- robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.



# SÉPTIMA REGLA:

EL MONTANTE DEL DESEQUILIBRIO HA DE SER REPARTIDO ENTRE  
AMBAS PARTE CONTRACTUALES

- SI EL DESEQUILIBRIO RESULTA DEL EJERCICIO DEL **IUS VARIANDI O FACTUM PRINCIPIS,** SERÁ EL 100% A CARGO DE LA ADMINISTRACIÓN.
- SI SEA A CONSECUENCIA DEL RIESGO IMPREVISIBLE (NO RECONOCIDO EN LCSP PERO SI EN ART. 127 Y 128 RSCL), LA JURISPRUDENCIA CONSIDERA QUE EL MONTANTE DEL DESEQUILIBRIO SE REPARTE ENTRE LAS DOS PARTES. **STS 27 ABRIL 1986, señala: que la compensación no sea tan escasa para impedir la ruina de la concesión ni tan excesiva que desplace el riesgo del concesionario y sea un auténtico seguro de beneficios mínimos y resarcimiento de todos los daños sufridos.**

# LA DOCTRINA SEÑALA:

**MESTRE DELGADO** señala que en nuestro derecho no existe una solución unívoca ni objetiva al respecto, y lo único que resulta claro es que es preciso repartir la carga derivada de circunstancias imprevisibles, pero no se ha determinado la extensión de la reparación, porque realmente es ésta una ardua cuestión de límites y casuística.



# Y LOS TRIBUNALES

---

- **La STS de 12 de febrero de 1998**, en relación con un contrato de recogida de basuras y limpieza viaria del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, dio por bueno la repercusión de un 10% del incremento de costes al contratista tal y como se preveía en el pliego del contrato y en el artículo 57.1.e) del RCCL de 1955 .
- **La STSJ de La Rioja de 24 de enero de 2002**, hace una presión relevante: «la compensación no será integral, no puede abarcar el lucro cesante ya que no existe una garantía del beneficio del contratista».
- **La STS 28 enero de 2015** (rec. 449/2012) asumió el 80-20 de riesgo.

A photograph of a balancing act on a beach. A wooden post is balanced on a single stone. A wooden plank is balanced on the stone. Two more stones are balanced on the plank. The background shows the ocean and a clear blue sky. The text 'CÓMO SE RESTABLECE EL EQUILIBRIO' is overlaid in white.

# CÓMO SE RESTABLECE EL EQUILIBRIO



## STS 4 FEBRERO 2014 (REC. 486/2011)

---

El principio de mantenimiento del equilibrio económico ha sido perfilado por la jurisprudencia que, reconociendo que «es un modo de salvar la empresa para salvar el servicio», para garantizar la continuidad de su prestación (STS de 4 de febrero de 2014, rec. 486/2011), está sometido a unas exigencias y límites cuyo objetivo es asegurar que el contratista asume realmente el riesgo y ventura de la concesión.

A pair of scales of justice is shown against a blue background. The scales are made of metal and have two pans hanging from a central beam. The scales are slightly tilted, with the right pan being higher than the left. The lighting is dramatic, highlighting the metallic surfaces and the chains of the pans.

REGULACIÓN EN LOS PLIEGOS  
DE LAS MEDIDAS PARA  
MANTENER EL EQUILIBRIO DE  
LAS CONCESIONES

---

# SON 5 MEDIDAS:

1. Modificar las tarifas establecidas por la utilización de las obras o del servicio.

2. Modificar la retribución a abonar por la Administración concedente.

3. Reducir el plazo de duración de la concesión.

4. Modificar cualquiera de las cláusulas de contenido económico del contrato

5. Prorrogar el plazo de la concesión.

# LOS LÍMITES DE LA PRÓRROGA

Sólo puede utilizarse en los casos en los que la ruptura del equilibrio se haya debido a actuaciones de obligado cumplimiento impuestas por la Administración Pública concedente (factum principis)

La duración de la prórroga no podrá exceder de un 15 por ciento del plazo de duración inicial, y no podrá en ningún caso superarse los plazos máximos de duración que se establecen en el artículo 29.6 de la LCSP.

# EL TIEMPO DE LAS MEDIDAS DE RESTABLECIMIENTO

---

**DEBERÁ SER EL ESTRICTAMENTE  
NECESARIO Y NO TIENE  
PORQUE MANTENERSE DURANTE  
EL RESTO DE LA CONCESIÓN**

**DE LO CONTRARIO SUPONDRÍA  
DESEQUILIBRIO PARA LA OTRA  
PARTE**





# CONSEJOS PARA EVITAR ARBITRARIEDAD Y PROBLEMAS: EL PCA.

- **PRECISAR EN EL PLIEGO CAUSAS PARA QUE PROCEDA RESTAURAR DESEQUILIBRIO A FAVOR DE CUALQUIER PARTE.**
  - **DESCARTAR CAUSAS COMO la diligencia previsor o gestora del concesionario.**
  - **EXCLUIR LOS BENEFICIOS, siempre.**
  - **DETERMINAR UN PORCENTAJE MÍNIMO DE SALDO DE DESEQUILIBRIO QUE DEBE ASUMIR EL CONTRATISTA.**
  - **ADVERTIR QUE NO TIENE GARANTÍA DE RENDIMIENTOS MÍNIMOS, NI DE RECUPERAR LA INVERSIÓN Y COSTES DE EXPLOTACIÓN.**
  - **ESTABLECER LAS MEDIDAS QUE PODRÁN UTILIZARSE PARA RESTRABLECER EL DESEQUILIBRIO.**
-

A stack of brown folders is on the left, with a calendar showing a weekly layout on top. The calendar has tabs labeled 'NOTES', 'TODAY', and 'WEEKLY'. The scene is set on a wooden desk with a laptop keyboard visible in the background.

4. LA  
PREPARACIÓN  
DEL EXPEDIENTE  
DE  
CONTRATACIÓN

---



# LA COSTOSA PREPARACIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN DE LA CONCESIÓN DEL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA

---

## TÉCNICA

- Pliego técnico
- Agua en alta
- Proyectos obras
- Normativa sectorial

## ECONÓMICA

- Viabilidad
- Análisis tarifas máximas
- Inversión y amortización para determinar duración

## JURÍDICA

- Municipalización
- Pliego Cláusulas Administrativas

JORNADAS **ALEL**

II Encuentro de titulares de asesorías jurídicas locales

GRACIAS  
POR TU ATENCIÓN

Organiza:



Impulsa:

**LA LEY**